

第5辑

清华法治论衡

法治与法学何处去（上）

高鸿钧 主编

清华大学出版社



高鸿钧 主编

清华 法治论衡

法治与法学何处去（上）

第 5 辑

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书为“法治与法学何处去”专号之上卷。本专号旨在揭示当下中国法治和法学发展的一系列重大、前沿和突出的问题,并就其主要领域和层面的问题进行梳理、反思、剖析与探索,既有学理评析又有现实关照,既有反思警醒又不乏真知灼见。本卷主要围绕法治与宪政、言论自由、台湾的法律与社会、刑法与刑诉的重大问题、国际法等公法领域的问题展开,作者既有法学权威学者,更多学界中坚与新锐,诸君平实言理、从容著文,关切深远而意韵隽永,文章具有很强的可读性。

本书适合法学研究者及法学专业学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法务官员等法律实务家,以及关心法治与法学发展的其他人士,亦有重要的价值。

本辑执行编辑刘辉。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13901104297 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡. 第5辑,法治与法学何处去. 上. 高鸿钧主编. 北京:清华大学出版社,2005.1

ISBN 7-302-10059-4

I. 清… II. 高… III. 法治—文集 IV. D902-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第127253号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客 户 服 务:010-62776969

责任编辑:方 洁

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:北京国马印刷厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:148×210 印张:9.25 插页:1 字数:222千字

版 次:2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-10059-4/D·146

印 数:1~4000

定 价:19.50元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103或(010)62795704

卷

首

语

“才自清明志自高，生于末世运偏消”，本为曹雪芹惋惜探春之语，却让人联想到鲁迅。此乃巧应迅翁之见：一部红楼，见仁见智，各得命意！

迅翁生当乱世，鸷夷横行，国土沦陷，专制肆虐，枭雄逐鹿，“黄神啸吟，白晝舞蹈”^①，“民声寂寥，群志幽閤”。然“天下兴亡，庶人有责”，先生少时便“志沉于萧索，虎啸于伏藏”，“留独弦于槁梧，仰孤星于秋昊”。自负笈东渡，先生始学矿业，冀实业以救国；继则习医，期拯病夫于羸弱；后有感体壮仍不免屈受外辱，遂弃医而从文，挥笔“撷华夏之古言，取英美之新说”，“识玄冬于瓶水，悟新秋于坠梧”，“纾自由之言议，尽个人之天权，促共和之进行，尺政治之得失，发社会之蒙覆，振勇毅之精神”。

清末民初，“礼乐偕辍发以同隳”，“世味秋荼

① 本文多处直接或间接引鲁迅语，为避免过于繁琐，一概不注明具体出处，原文可见《鲁迅全集》各处。

苦,人间直道穷”,政治黑暗,官场腐败,豺狼当道,鹰犬塞途,大王胡行于上,蚁民乱碰于下。贼来如梳,兵来如篦,官来如剃。官府几成现世阎罗,军阀多为吸血魔鬼,草菅人命,杀害清流,嗜血成性,屠戮青年……然“虐政何妨援津例,杀人如草不闻声”,凡倒行逆施皆假借“公理正义的美名、正人君子的徽号、温良敦厚的假脸、流言公论的武器、吞吐曲折的文字,行私利己,使无刀无笔的弱者不得喘息”……面对黑暗世道,“勇者愤怒,抽刀向更强者”,先生拍案而起,挺身而出,正视流淌之碧血,揭露暴政之罪孽,戳穿愚民之谎言,抨击荒诞之时弊。先生啸傲笔海,横眉冷对千夫指;挥毫急书,怒向刀丛觅小诗。

“五四”以后,“情性与缠足而俱放”,新思想、新文化、新文学,花样不断翻新,虽成多元之势、多样之局,然良莠混杂,泥沙俱下,粉饰黑暗之官样文学,拥慧清道,佞倭奉迎;提倡幽默之闲适文字,自我陶醉,逍遥超脱;鸳鸯蝴蝶之作品,不谈风云,专恋风月;三角四角之小说,收罗猥谈,写成下作。先生以为,凡此种种,乃“黑暗”之“装饰”,如同“人肉酱缸上”之“金盖”,“鬼脸上”之“雪花膏”也。其时文坛乌烟瘴气,附势奴才、拜金崽子、洋场恶少、革命小贩、“充风流的富儿”,“装古雅的恶少”、“销淫书的瘪三”,无奇不有;毒蛇化鳖、乡妇产蛇、冤鬼索

命、“一品当朝羹”、“滑溜翡翠汤”、“乌鸦炸酱面”，作品五花八门；各家笔墨相讥，含沙射影，指桑骂槐，如妇姑勃谿、叔嫂斗法，而右翼之黑枪、左翼之暗箭，更为难躲难防，文场如战场，杀气腾腾。面对如此混沌、阴沉而离奇变幻之局，先生忧国忧民，愤世嫉俗，特立独行，纵横捭阖，逆流而上，挺傲骨，斥骑墙，斗邪恶，照秽水，看浓汁，“有时研究淋菌，有时解剖苍蝇”，以“匕首”与“投枪”，刺向一塌糊涂之时政；以冷嘲与热讽，使种种丑类现形：红头阿三、卷毛巡捕、洋人走狗、土产汉奸、投富赘郎、作态西崽……先生以体贴与同情，为弱者鸣不平，为卑者争权利，为冤者伸正义，相形之下，此等“深夜街头”“地摊”上之“几个小丁，几个瓦碟”，其生命之强，锋芒之锐，感召之深，影响之广，远胜于崇论宏议、鸿篇巨制以及峨冠博带之大文！

政如飘风，民如野鹿；专制既久，奴性渐成。对于愚蒙之民众，悲惨之同胞，先生怒其不争，哀其不幸，始则彷徨，继而呐喊，于“无声的中国”发出觉醒之强音。先生始终心存种种疑问：为何“中国人向来”“不敢正视人生，只好瞒和骗”，“甚而至于已经自己不觉得”？为何“中国太难改变”，以致“即使搬动一张桌子，改装一个火炉，几乎也要血；而且即使有了血，也未必一定能搬动，能改装”？为何国人“于旧状况那么心平气和，于较新的机运就这么疾

首蹙额；于已成之局那么委曲求全，于初兴之事就这么求全责备”？为何“麻将桌边，电灯代替了蜡烛，法会坛上，镁光照出了喇嘛……每一新制度，新学术，新名词，传入中国，便如落在黑色染缸，立刻乌黑一团，化为济私助焰之具……”？为何“暴君的臣民，只愿暴政暴在他的头上，他却看着高兴，拿‘残酷’做娱乐，拿‘他人的苦’做赏玩，做安慰”，“自己的本领只是‘幸免’”？为何有些国人“安于‘自欺’，由此并想‘欺人’，患着浮肿，而讳疾忌医，但愿别人糊涂，误认他为肥胖”？为何“暴露幽暗不但为欺人者所深恶，亦且为被欺者所深恶”？为何“中国人向来就没有争到过‘人’的价格，至多不过是奴隶，到现在还如此”，仍甘于“莫作乱离人，宁为太平犬”？

先生之种种疑问，实则潜含“爱和憎的纠缠，感情和理智的冲突，缠绵和决撒的迭代，欢欣和绝望的起伏”。先生以为，此种国民性之养成，或因压人之专制，或因吃人之礼教，致使国人“弯腰曲背，低眉顺眼，表示着老牌的老成子弟，驯良的百姓”。作为一种药方，先生力倡民主，反对专制；疾呼自由，反对束缚；狠揭伤疤，反对护短，以期改造旧奴性，熔铸新民魂。先生确信，“惟有民魂是值得宝贵的，惟有他^①发扬起来，中国才有真进步”。

① 原文如此。

先生一生运交华盖,风雨如磐,“弄文罹文网,抗世违世情”,然先生身临逆境,从不悲观,绝不放弃,矢志目标,坚韧不拔。“且介亭”内,“心事浩茫连广宇”;“三闲集”中,“于无声处听惊雷”。先生以为,古老中国已渐觉醒,“乃如雷霆发于孟春,而百卉为之萌动,暑色东作,深夜逝矣”。于是,一切勇者之反思与追问,所有志士之探索与追求,乃“是东方的微光,是林中的响箭,是冬末的萌芽,是进军的第一步,是对前驱者的爱的大纛,是对于摧残者的憎的丰碑”。先生一生挚爱耸听之“危言”而深恶动听之“美言”,因为“多有不自觉的人的种族,永远前进,永远有希望”。

迅翁早已乘鹤仙归,故国业沧海桑田之变,然“战斗正未有穷期,老谱将不断袭用”。先生之文颇多醒世恒言、喻世明言与警世通言,故常读常新;先生之语如绍兴老酒,韵味绵长;若空谷足音,惊世骇俗;犹冬日惊雷,振聋发聩。先生虽以文学为业,然口头笔端始终呼唤民主,吁求自由,崇尚法治,捍卫人权。编者秉承先生之精神,特约法界同仁,得专题文章十六篇,组成五、六两辑专号,诘问“法治与法学何处去?”反思当代中国之法治,省察时下中国之法学,重在把脉病症,指出症结,期与读者诸君一道思考,寻求药方。至于这些“诊断”是否确切,“下药”是否对症,则另当别论。

呜呼！

“大江日夜向东流”，“文章得失不由天”。

“英雄多故谋夫病”，“我以我血荐轩辕”。

高鸿钧

甲申年八月于清华园

目 录

卷首语	高鸿钧(1)
-----------	--------

主题文章

宪政的趋势——世界与中国	贺卫方(1)
法治与宪政四题——一位保守主义者的反驳	海伦氏(37)
走向宽容性——言论自由的法哲学漫步	吴伟氏(70)
台湾的法律与社会	林 端(107)
无声的中国刑法学	周光权(145)
刑事诉讼十大问题研讨	易延友(166)
中国行政法学的时代挑战	田思源(192)
国际法——变动世界中的公平与正义	李居迁(208)

法苑品茗

法史学著作的典范

——读《中国家族法原理》	刘广安(224)
--------------------	----------

晚清司法改革之真实记录

——《各省审判厅判牍》简介	李启成(229)
---------------------	----------

布莱克斯通法律哲学的两张面孔	全宗锦(238)
----------------------	----------

文心法言

“权利”一词何处来？

——取自东瀛，还是“回归词”？	申卫星(254)
-----------------------	----------

法学博士学位论文：学术与策略之间	吴玉章(263)
------------------------	----------

“开卷有疑”之《迷失的律师》	闻过则怒(273)
----------------------	-----------

编后记	编 者(281)
-----------	----------

CONTENTS

FROM EDITOR Gao Hongjun(1)

SYMPOSIUM ARTICLES

The Trends of Constitutionalism;

China and World He Weifang(1)

A Letter on Rule of Law and Constitutionalism;

A Conservative Defence Hai Lun Min(37)

Towards Tolerance; A Jurisprudential Remark on

Freedom of Speech Wu Weimin(70)

Law and Society in Taiwan Lin Duan(107)

The Silent Chinese Criminal Law

Study Zhou Guangquan(145)

The Grand Problems of Criminal Procedure

in China Yi Yanyou(166)

The Contemporary Challenges to the Administrative

Law Theories of China Tian Siyuan(192)

International Law; Justice and Equity in a

Changing World Li Juqian(208)

BOOK REVIEWS

A Model of Chinese Legal History Study;

Review on *The Rationale of Chinese Kindred*

Law Liu Guang'an(224)



Real Records on the Late Qing Dynasty's Justice Reform: <i>Law Reports of Provinces' Courts</i>	Li Qicheng(229)
Two Faces of Blackstone's Philosophy of Law	Tong Zongjin(238)

CULTURAL TALKS ON LAW-SPIRIT

The Origin of "Right" in Chinese Contexts: A Loanword from Japan or A Return Loan	Shen Weixing(254)
S. J. D Dissertation: A Choice Between the Academic and Strategy	Wu Yuzhang(263)
The Problematics of Chinese Translation of <i>The Lost Lawyer</i>	Wen Guo Ze Nu(273)
POSTSCRIPT	Editor(281)

突政的趋势

——世界与中国

贺卫方^{**}

(编者按: 本文是贺卫方教授应中山图书馆、《中国改革》杂志社、广州市社会科学界联合会以及《南方都市报》社等主办单位的邀请, 在“广东学术论坛”发表的演讲。由贺卫方教授提供文字版。发表时有删节。)

尊敬的各位朋友, 大家好! 今天能够在广东学术论坛作一次学术报告, 我感到非常荣幸, 也感到很惶恐。我知道这个论坛经过了精心策划, 出席这次论坛的学者层次很高, 主办单位是经过精心筛选的, 能够成为这个阵容中的一员, 我非常高兴。敢于在这里作一次报告是需要有很大胆量的, 我从《南方都市报》此前对讲座的报道里知道这里的听众藏龙卧虎, 所以不免有些担心, 怕讲的内容不能有足够的新意, 让大家失望。另外, 本来我的讲座是在第一轮中的, 但是, 在那之前, 我到贵州黔东南有过一次漂流的经验, 被云

* 这是我于2004年7月28日在“广东学术论坛”上的演讲。主办者对于讲演作了全程记录, 我又在记录稿的基础上作了一些文字的修订, 并加上了小标题。在此谨向四家主办机构的周到安排表示衷心感谢。

** 北京大学法学院教授。



贵高原的烈日灼伤了腿，严重到了不能走路的程度，只好推迟到今天。因为我没有按时来这里讲，所以给主办单位添了不少麻烦，也给一些已经领了票的朋友带来了不便，自己很感歉疚。从那次经历中，我有两个体会，一是快乐总是跟痛苦相伴随；二是某些给我们的生活带来美好的事物用之不当，就会导致伤害，太阳如此，政府也是如此。

这次演讲主办单位有四家，除了广东省立中山图书馆这家具悠久历史的图书馆以外，还有《中国改革》杂志社、广州社会科学界联合会以及《南方都市报》。我很荣幸，过去的一些年间和南方报业集团有着非常密切的联系。从1998年以后的不少时间里，我经常在《南方周末》上发表文章，同时也目睹了广东报业的发达和繁荣，请容许我在这里特别向南方报业集团尤其是《南方都市报》表达一份敬意！这份报纸在2003年这一多事的年份里，发表了許多重要的报道，使得在广东发生的事情变成了跟全国都有关联的事情，使得广东发生的一些个案成为推动中国制度改革的动力。我相信去年中国社会不少进步跟这份伟大的报纸息息相关。我在这里使用“伟大”这个字眼，大家想必也会同意，因为我们都看得到这份报纸的总编辑、编辑以及记者们为中国的民主法治事业所做的艰苦异常、百折不挠的努力。所以，我必须在此向南方报业集团表达我自己的崇高敬意。

广东省是改革开放的排头兵，这已经是众所周知的事实。值得重视的是，似乎在一年多以前，广东就率先提出建设现代化社会的目标。实现这样的目标，重要的是民众、学界、媒体以及政府中的有识之士都在不断地探索着如何在现有框架允许的范围内进行制度的创新。有人对去年在广东发生的某些事件感到不理解，说为什么广东会发生这些事件？为什么广东的警察会打人？我的解释是，与其说广东发生这类事件多，不如说是广东的媒体把这些事

件报道出来了。其他的地方可能发生得更多,但是当地的媒体是不能报道的。我们知道,现在有一种所谓“异地监督”的说法,就是只报道外地发生的负面事件,对于本地的事件则三缄其口。这样的情况,极大地妨碍了新闻监督能量的发挥,也降低了人民对于公共事务的关心和参与热情。而广东新闻界,尤其是去年的新闻界,为报道本地的一些负面事件做了很大的努力。这是难能可贵的。

一个社会发展的变化,可以说是多方面构成的,也是各种因素互动的结果。地方经济的发达,正好反衬出我们的政治制度、法律制度方面的一些进步。我看日程,昨天是李曙光教授给大家作演讲,我知道他一直在研究跟市场经济有关的法律制度,例如企业法、兼并、破产等等。我相信通过他的演讲大家可以看出,所谓市场经济绝对不仅仅只是一种经济形态;市场经济要求与之相配套的政治制度、宪法制度以及更宽泛的法律制度。

引 言

大家记得,100多年前有一位中国留学生严复到英国去留学,本来他不是研究社会科学的,但是这位年轻的留学生却有些“不务正业”,对社会科学产生了浓厚兴趣。初到英伦,他养成了一个业余爱好,就是喜欢到法院里面去听法庭审理案件。你们也知道这是学语言的最好的途径。法庭上的言词反映了社会方方面面的知识,一个人能够听得懂法庭上的辩论,可以说这个人的语言功夫已经达到了很高的程度。严复在法庭上听了几天后,突然感觉到怅然若失,他跟清廷的驻英大使郭嵩焘讲,听了几天的审判以后,他突然有所顿悟,他发现英国富强的根源不在于有坚船利炮,更重要的是有良好的法律制度、政治制度。司法机关每一天都在伸张公理,法官每天都把正义送到每个人的家门口。无论一个人地位多



么弱小,无论被起诉的对象的势力多么高强,他都有信心在这个国家的法庭上获得正义。严复认为这是这个国家富强的根源。

其实,跟严复同期以及后来的不少有识之士都看到了这一点。他们发现我们学习西方不能仅仅学习坚船利炮,更重要的是要学习那里的法律、政治制度。要深入到器物背后的一些东西上,即制度层面以及文化层面。我们老早就意识到宪法、宪政所具有的重要意义,我们看到中国早期的时候也开始了自己的立宪运动,包括晚清的时候制定了一部所谓的宪法,我们发现所有的发达国家都有宪法,所以我们要制定我们的宪法,但是我们的宪法总是不能发挥它应有的作用。宪法中承诺给我们的种种权利往往不能够得到严格的保障;宪法所规定的国家权力的那种相互制约和相互平衡不能够操作和实现。中国宪政的这种“口惠而实不至”的状况,常常让人感觉十分失落。看看我们的宪法文本吧,这里从来就不缺乏关于民主与自由的条文,人民是国家的主人,国家机关都以人民的利益为最高宗旨,公民享有的各种权利如此广泛……大家想想如果再过200年,200年后的人拿着今天的宪法,不免要感叹今不如昔,不免要想像——过去的中国人生活得多么快乐!政府的权力受到了法律的严格限制,人民享有私人财产的法律保障,人权保护是这个国家的重要使命,我们享有人身自由不受侵犯的权利。200年后的人们,如果不进行一个历史社会学研究,只是把法律条文当真,他们就不知道宪法中规定的这种种权利有许多是没有在实际上落实的。

对于我们这种有宪法而没有宪政的状况,许多学者做过一些研究。美国研究中国问题的著名学者黎安友(Andrew Nathan)教授,曾经对近代中国宪政梦的破灭做出了自己的解释,他认为在这个国家里面,在官场弥漫的文化是反宪政的行为。人们总是提拔自己人担任官职,自己的亲戚、同乡、同学——比方科举考试的时

候的同一届或同门的人——等通常会形成一个利益上的共同体，他们物以类聚，相互提携，任人唯亲，党同伐异，从而使得宪政政治无从开展。虽然现代政党政治也有类似的某些特色，但是，这只是所谓“疑似之迹”，两者具有性质和运行等方面非常不同的特质。另外一个对宪政有害的因素是我们不能在差异之间寻求妥协，不同派系之间经常形成一种互为水火、不共戴天的局面。也就是说，在政治层面上的人都相信也号称自己不仅仅是大权在握，而且也是真理在握。政治的领导人往往不仅是政令的宣布者，也是真理的宣示者，这样就完全排除了政治上既相冲突、又可合作的反对派存在的可能性。这样一种把行政意义上的最高权力和道德以及知识意义上的最高权力合而为一的格局对于宪政的伤害可以说是毁灭性的，它的后果是让异见者要么彻底屈从，要么就只能通过武力推翻执政者。

1949年中华人民共和国成立了，我们建立了社会主义体制的国家。这是一种跟传统中国的官僚帝国类型很不同的统治，至少在最初的一段时间里，我们相信这是一个全新的社会类型，人们沉浸在一种仿佛是登上天堂的喜悦之中。在50年代，似乎每个中国人都欢腾雀跃，中国人民终于站起来了，我们都当家作主了，所有的剥削压迫都一去不复返了。代表这种气氛的一个事例是，画家黄永玉先生在50年代初回国的时候来到北京，他跑到天安门广场，看到一个交通警察，就满心的激动，远远地跑过去，紧紧地握着那位警察的手，说“警察同志，您辛苦了！我终于回到祖国的怀抱了！”人们都相信，中国终于找到了一条通向共产主义的康庄大道。然而，后来的历史表明，我们根本无法超越历史。改变一个国家的名号并不难，但是要改变一种惯常的治理模式和传统却是极度困难的。另一方面，不断开展的政治运动以及政府权力的不受控制最终导致了人权涂炭、自由尽失——这让我们认识到在一个社会